

## Tilburg University

### In tijden van verandering

Verbruggen, Paul

*Published in:*

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

*Publication date:*

2019

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Verbruggen, P. (2019). In tijden van verandering: Over de relatie tussen het privaatrecht en private regelgeving. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2019, 447-449. [7242].

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## In tijden van verandering. Over de relatie tussen het privaatrecht en private regelgeving

In 2004 publiceerde Jan Vranken in dit blad een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht.<sup>1</sup> Onder de titel 'Niets in het recht is blijvend, behalve verandering' onderzocht hij hoe gedragscodes, richtlijnen en protocollen binnen het voor de civilist gebruikelijke schema van wetgeving-rechtspraak passen, en welke mogelijkheden deze vormen van private regelgeving bieden om het privaatrecht bij de tijd te houden. Zijn bevinding was dat private regelgeving voor haar juridisch bindende kracht stevast onderworpen is aan de regels ('sluizen') die de wetgever en de rechtspraak als exclusieve rechtsvormers van het privaatrecht stellen. Vranken sprak de verwachting uit dat 'in de nabije toekomst (...) private regelgeving een zodanige omvang en betekenis zal krijgen, dat algemene criteria kunnen worden geformuleerd voor het bepalen van haar juridisch bindende kracht'.<sup>2</sup> De Hoge Raad wachtte daarin een nieuwe taak omdat hij krachtens art. 79 RO gehouden is te bepalen wat recht is waarin in cassatie getoetst moet worden.<sup>3</sup>

Wat is er van deze verwachting uitgekomen, nu vijftien jaar later? Eerst enige duiding. Private regelgeving behelst systemen van regels en toezicht ontwikkeld door private actoren, al dan niet aangemoedigd door wetgever of rechter, met als doel het collectief normeren van gedragingen van zichzelf en/of anderen. De golf van privatisering eind vorige eeuw en de digitalisering en globalisering van economie en maatschappij begin deze eeuw hebben geleid tot een enorme groei van private regelsystemen.<sup>4</sup> Private regelgeving heeft hele oude papieren in het privaatrecht. Dat is niet zo vreemd nu de overeenkomst of vereniging betrokkenen de mogelijkheid biedt zelf regels te stellen om hun verhouding collectief te regelen. In die autonomie en de daarmee bereikte consensus ligt dan ook een eerste grondslag voor de juridisch bindende kracht van private regelgeving. De wet (inclusief BW) en rechter (met diens invulling van privaatrechtelijke open normen) vormen twee andere te onderscheiden grondslagen.

De relatie tussen privaatrecht en private regelgeving is daarmee goeddeels geduid. Het privaatrecht is constitutief voor private regelgeving: het laat private regels verbindend zijn voor degenen die zich daaraan hebben geconformeerd. Het privaatrecht maakt daarnaast gebruik van

private regelgeving om in concrete gevallen invulling te geven aan de vele open normen die het kent. Het privaatrecht kan ook regulerend voor private regelgeving zijn, omdat het regels stelt voor haar geldigheid en de civiele aansprakelijkheid van de private regelgever bepaalt.<sup>5</sup> De groeiende belangstelling voor de verhouding tussen de twee regelsystemen laat zich verklaren door de realiteit dat het moderne privaatrecht sterk meergelaagd is en in verband staat met andere regelcomplexen.<sup>6</sup> Zo stelde ook Vranken,<sup>7</sup> die in 2004 een rol voor de Hoge Raad voorzag om algemene criteria te ontwikkelen om het gebruik van private regelgeving door de burgerlijke rechter in privaatrechtelijke geschillen te kaderen.

1. J.B.M. Vranken, 'Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht', *WPNR* 2004/6560, p. 1-13. Tevens verschenen in J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, nrs. 70-94.
2. Vranken 2004, p. 11.
3. Vranken 2004, p. 8.
4. T. Büthe & W. Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton: Princeton University Press 2011, p. 1-9.
5. P. Verbruggen e.a., *Regulating Private Regulators: Understanding the Role of Private Law* (European Review of Private Law 2019, afl. 2, themanummer), Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2019.
6. Cf. G. Teubner, 'After Privatization? The Many Autonomies of Private Law', *Current Legal Problems* 1998, p. 393-424 en W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later: privaatrecht en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 21 e.v.
7. Vranken 2004, p. 12.

Wat heeft de Hoge Raad in de tussenliggende vijftien jaar ondernomen? Twee arresten sprongen eruit. Het eerste is *Achmea/Verweerder* uit 2014.<sup>8</sup> Een verzekeraar had uitkeringen vanwege arbeidsongeschiktheid aan een verzekerde stopgezet nadat een persoonlijk onderzoek naar de handel en wandel van de verzekerde uitwees dat deze (deels) onjuiste informatie had verstrekt. In de uitvoering van het onderzoek handelde de verzekeraar echter in strijd met een gedragscode, die in navolging van de wet nadere regels formuleerde voor het instellen van onderzoek naar verzekerden, met als doel hun persoonlijke levenssfeer te eerbiedigen. De verzekeraar was als lid van het Verbond van Verzekeraars gebonden aan de code. De Hoge Raad stelt in cassatie dat als uitgangspunt kan worden genomen dat indien de verzekeraar de code schendt, sprake is van een onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde. Dat de gedragscode niet kan worden aangemerkt als 'recht' in de zin van art. 79 RO, zodat de uitleg daarvan in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht, doet aan die vaststelling niets af.

Menting stelt vast dat de Hoge Raad hier breekt met zijn voorgaande arresten. Niet eerder kende hij zo expliciet een centrale rol toe aan private regelgeving in de bepaling van privaatrechtelijke verhoudingen. Hij doet dit bovendien onomwonden en in zeer algemene bewoordingen.<sup>9</sup> Deze aanpak sluit aan bij wat in de lagere rechtspraak praktijk is.<sup>10</sup> Voorwaarde is wel dat tussen partijen overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van de regels. In *Achmea/Verweerder* was dat zo. Dat verklaart mogelijk waarom de Hoge Raad geen algemene criteria formuleerde.

Het tweede arrest is het *Meetinstructie*-arrest uit 2018.<sup>11</sup> Evenals in *Achmea/Verweerder* laat de Hoge Raad een oordeel in hoger beroep in stand waarbij de schending van private regelgeving zonder meer als onrechtmatig handelen werd beschouwd.<sup>12</sup> De toepasselijkheid van de regelgeving was echter in geschil tussen partijen. Het ging hier specifiek om NEN 2580, een private norm die instructies geeft over het opmeten van de (netto) gebruiksoppervlakte van gebouwen. De Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM) had de instructie voor haar leden verplicht gesteld, daarbij overwegende dat aspirant-kopers erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld de daadwerkelijke gebruiksoppervlakte is.

In het voorliggende geval had een NVM-lid in de verkoopbrochure van de woning echter de bruto woonoppervlakte vermeld. De koper was hierop afgegaan en leed bij doorverkoop van de woning schade omdat de gebruiksoppervlakte in

werkelijkheid significant minder was. De Hoge Raad stelt, eendachtig het doel van de verplichtstelling van de meetinstructie door de NVM, dat de norm in belangrijke mate het vertrouwen van aspirant-kopers bepaalt dat zij mogen ontlene aan de verkoopinformatie verstrekt door makelaars.<sup>13</sup> Het hof kon daarom aan de normschending de conclusie verbinden dat het NVM-lid daarmee onzorgvuldig en dus onrechtmatig handelde jegens de koper. Dat de norm alleen NVM-leden bindt, doet daar niet aan af.

Een algemeen kader voor het gebruik van private regelgeving ter bepaling van de betrokken privaatrechtelijke verhoudingen mist opnieuw. Ik denk ook niet dat het reëel is te verwachten dat de Hoge Raad een dergelijk kader in een enkel arrest neerlegt. Een algemeen kader gestoeld op overwegend procedurele voorwaarden zoals representativiteit, draagkracht en inspraak, als voorgesteld door Vranken, lijdt het risico te verzanden in abstractie.<sup>14</sup> Hetzelfde gevaar bestaat als de wetgever dergelijke criteria ontwikkelt voor het gebruik van private regelgeving als wetgevingsinstrument op het terrein van het

8. HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Verweerder*).

9. M-C. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht?', *NTBR* 2015/16, p. 107.

10. M-C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law* (diss. Tilburg University), Tilburg: PrismaPrint 2016, p. 219-228.

11. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176.

12. Anders: concl. A-G. W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2018:304 en HvJEU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott*), r.o. 52-53.

13. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, r.o. 3.4.4-3.4.5.

14. Vranken 2005, nr. 91. Eerder was ik positiever: A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* (24) 2009, p. 199-214.

privaatrecht.<sup>15</sup> Dat deze criteria sturend zullen zijn in het wetgevingsproces, is allerm minst zeker, zo is de les die volgt uit Brussel. Daar koppelde de Europese wetgever in het programma 'Beter wetgeven' het gebruik van private regelgeving in EU-wetgeving – ook op het terrein van het privaatrecht – aan algemene criteria van overwegend procedurele aard. Veel concreets leverde dit beleid niet op.<sup>16</sup>

Wat mij betreft is de burgerlijke rechter nog steeds aan zet als het gaat om het kaderen van het gebruik van private regelgeving ter bepaling van concrete privaatrechtelijke verhoudingen. De te formuleren criteria moeten mijns inziens niet zozeer procedureel van aard zijn, maar gericht op de inhoud van de private regelgeving en de impact die zij heeft op het terrein waarop het geschil zich voordoet. Private regelgeving, zo volgt uit *Achmea/Verweerder* en het *Meetinstrument*-arrest, kan ook buiten de kaders van art. 79 RO juridisch relevant zijn in cassatie. Een toets van de inhoud en impact van de private regels, in plaats van hun totstandkoming en 'governance', past in die pragmatische benadering. In de twee arresten valt al een eerste aanzet langs die band te ontwaren. De Hoge Raad slaat daarin immers acht op het doel van de private regelgeving, haar verplichtende aard, de aansluiting op bestaande wettelijke regels en de voorgenomen bescherming van de belangen van betrokken derden. Daaraan kan mijns inziens worden toegevoegd de bewoordingen waarin de regelgeving gesteld is, haar verenigbaarheid met dwingendrechtelijke regels in het publiek- en privaatrecht en – wat betreft de impact – de mate waarin zij leidend is in het betrokken domein, de steun die zij van overheidswege geniet en de mate waarin de betrokken partijen kennis hebben genomen van de regels en daardoor hun gedragingen hebben laten beïnvloeden.

De uitdaging die Vranken vijftien jaar geleden voor de Hoge Raad formuleerde staat derhalve nog steeds. Zij blijft onveranderd belangrijk voor een beter begrip van de relatie tussen het privaatrecht en private regelgeving.

Dr. P.W.J. Verbruggen\*

15. Vgl. I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een 'ReL?', *NTBR* 2018/19, afl. 5, p. 135-138 en R.A.J. van Gestel, 'Recht is niet alleen recht als er recht op staat. Over het (h)erken- nen van de rechtskracht van private normen', *Regel- maat* 2018, afl. 6, p. 395-409.
16. P. Verbruggen, 'Private Regulation in EU Better Regulation: Past Performance and Future Promises', *European Journal of Law Reform* 2017, afl. 1-2, p. 139-140.

\* Universitair hoofddocent Privaatrecht, Tilburg University en vaste medewerker van het WPNR. (paul.verbruggen@uvt.nl)